

# DE BRONCODE EN HET FAILLISSEMENT VAN DE SOFTWARELEVERANCIER

*Axel Naeyaert*

Onder wetenschappelijke begeleiding van  
Prof. Dr. H. Cousy

## 1. INLEIDING

1. Lange tijd is er in de rechtspraak en de rechtsleer betwisting geweest over de vraag of computerprogramma's onder de bescherming van het octrooirecht dan wel van het auteursrecht vielen. Traditioneel werden twee argumenten aangehaald om de bescherming door het octrooirecht af te wijzen: een computerprogramma kan niet geoctrooieerd worden enerzijds omdat het geen industrieel karakter heeft (zelfs niet als procédé) en anderzijds omdat het geen materiële productie, maar een abstract systeem is.

De wetgever heeft zich met deze argumentatie akkoord verklaard door in de Octrooiwet van 28 maart 1984 uitdrukkelijk te stellen dat computerprogramma's niet als uitvindingen kunnen beschouwd worden (art. 3).<sup>1</sup> Ook de Belgische rechtbanken hebben vanaf de tweede helft van de jaren 80 uitspraken geveld in deze materie.<sup>2</sup> Naar buitenlands voorbeeld brachten ook zij de computerprogramma's onder de bescherming van de auteurswet uit 1886.

Deze rechtspraak is door de wetgever bevestigd in de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van computerprogramma's.<sup>3</sup> Deze nieuwe wet is een (weliswaar laattijdige) uitvoering van de Europese Richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (de zgn. Softwarerichtlijn).

Zo bepaalt artikel 2 dat een computerprogramma bescherming geniet indien het oorspronkelijk is in die zin, dat het een eigen intellectuele schepping van de maker is. Gelijkijdig met de "softwarewet" is een nieuwe Auteurswet tot stand gekomen. De nieuwe softwarewet roept een auteursrecht sui generis in het leven, hetgeen vooral aangetoond wordt door het feit dat de bescherming van computerprogramma's in een aparte wet is ondergebracht. Haar bijzonder karakter kan nog op andere manieren aangetoond worden.<sup>4</sup>

1) er is geen identificatie naar assimilatie met de categorie van literaire werken uit de algemene auteurswet;

---

<sup>1</sup> NEUMANN, M., "Software en faillissement naar Belgisch recht", *Computerr.*, 1986, 95.

<sup>2</sup> TAEYMANS, M. en KEUSTERMANS J., "Naar een wettelijke bescherming van software in België", *Computerr.*, 1994, 78.

<sup>3</sup> *B.S.*, 27 juli 1994.

<sup>4</sup> STROWEL, A., "Vers un nouveau droit d'auteur sui generis : la loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur", *Ing. Cons.*, 1994, 87.

- 2) er is een vermoeden van overdracht van patrimoniale rechten naar de werkgever, dit in tegenstelling tot hetgeen is voorzien voor andere creaties van werknemers;
- 3) het distributierecht wordt erkend: in de algemene auteurswet wordt dit recht niet als zodanig vermeld;
- 4) er zijn uitzonderingen op de vermogensrechten specifiek voor computerprogramma's (decompilatie, reservekopie, bestudering en gebruiksrecht); en
- 5) slechts minimale morele rechten worden toegekend.

2. Opvallend in België is de lacune in rechtspraak en rechtsleer omtrent de toch niet onbelangrijke materie van het lot van de broncode ingeval van faillissement van de softwareleverancier. Zo is er, voorzover bekend, geen enkele rechterlijke uitspraak die specifiek dit probleem behandelt. In Nederland ligt dit enigszins anders; daar heeft de rechtsleer al meer over dit probleem geschreven en zijn er enkele rechterlijke beslissingen die houvast kunnen bieden. Dit ontbreken van rechtspraak en rechtsleer is wellicht te verklaren door het feit dat de figuur van de 'Source code escrow' ingeburgerd is geraakt in de informatica-branchen, waardoor veel moeilijkheden preventief vermeden worden.

3. Het belang van computers en software hoeft niet meer onderstreept te worden. Ze zijn niet meer weg te denken uit onze huidige maatschappij. Vooral de bedrijfswereeld is aangewezen op de computer en haar toepassingen en dit op alle niveaus van het bedrijf: zowel in de productieheden met de computergestuurde robots als in kantoorfuncties is informatica onontbeerlijk. De werking van het bedrijf is met andere woorden grotendeels afhankelijk van de werking van haar computers. Dit verklaart meteen waarom het faillissement van de leverancier van software -zonder dewelke de computer niet werkt- zulke rampzalige gevolgen kan hebben voor de afnemer-gebruiker: vaak verricht de leverancier het onderhoud aan de door hem geleverde (en eventueel ontwikkelde) software. Als hij hiertoe niet meer in staat is omdat hij in faillissement verkeert, kan dit de werking van een computerprogramma blokkeren, en zodoende het gehele bedrijf van de softwaregebruiker lamleggen!

4. De afnemer van software kan dergelijke problemen vermijden, indien hij over de broncode van het programma beschikt of kan beschikken ingeval van faillissement van de leverancier. De (eventuele) afgifte van de broncode door de leverancier wordt noch door de richtlijn, noch door de wet geregeld. Men laat dit over aan de contractuele praktijk. Zo is -eerst in de Angelsaksische landen, dan bij ons- als meest afdoende oplossing tegen het probleem van het faillissement de figuur van de source code escrow gegroeid. Dit is een soort bewaargeving van de broncode bij een derde die de broncode slechts zal afstaan in welomschreven omstandigheden. De bespreking van deze constructie zal een groot deel van dit artikel in beslag nemen.

## **II. DE BRONCODE**

5. De broncode van een computerprogramma moet onderscheiden worden van de objectcode. De objectcode is de in binaire taal (enen en nullen) geschreven versie van het programma waardoor het enkel door de machine, niet door de mens, kan gelezen worden. Indien de afnemer enkel beschikt over de objectcode kan hij het programma dus wel gebruiken, maar niet begrijpen.<sup>5</sup> De broncode daarentegen (ook vaak "source code" genoemd) is het programma geschreven in een hogere programmeertaal (Pascal, Basic, Cobol, Fortran ...), dat verstaanbaar is voor de mens.<sup>6</sup> Met behulp van de broncode kan inzicht worden verkregen in de werking van de programmatuur.<sup>7</sup> Ze heeft zowel een materiële (de gegevensdrager) als een immateriële (de inhoud zelf) verschijningsvorm.<sup>8</sup> De gegevensdrager waarop de broncode is neergelegd kan zich op verschillende manieren presenteren: op magnetische drager (band of schijf), in listing of via geschriften van de programmeur. De broncode wordt naar Belgisch recht gekwalificeerd als een roerend goed omdat haar drager noodzakelijk roerend is.<sup>9</sup> Niet alleen de broncode, maar ook de objectcode wordt auteursrechtelijk beschermd.<sup>10</sup> De omzetting van broncode naar objectcode gebeurt door een compiler of vertaler. Dit wordt compilatie genoemd. Decompilatie is dan de omgekeerde omzetting.

6. Voor beide partijen is de broncode van groot belang.<sup>11</sup> De leverancier van het softwareprogramma heeft veel inspanningen en investeringen gedaan om de software te ontwikkelen en wil dan ook vermijden dat zijn programma gekopieerd wordt. In het bezit van de broncode is namaak immers kinderspel. Piraterij wordt al moeilijker, dit wil zeggen duurder en tijdrovender, indien men enkel beschikt over de objectcode.

Ook voor de klant is de broncode belangrijk. Een programma moet namelijk onderhouden worden. Op de eerste plaats moeten de logische fouten in het programma (de zogenaamde "bugs") opgespoord en verwijderd worden ("debugging"). Vooral software op maat is zelden "bugfree".<sup>12</sup> Vaak worden deze fouten pas ontdekt als de software reeds een geruime tijd in gebruik is. Op de tweede plaats omvat het onderhoud de aanpassingen (updates) en verbeteringen (nieuwe releases) van het programma. Zonder onderhoud zal de software snel onbruikbaar zijn. Wanneer de klant niet in het bezit is van de source code en de volledige documentatie kan hij de software niet (laten) onderhouden en ziet hij zich verplicht een onderhoudsovereenkomst af te sluiten met de leverancier, omdat hij van hem afhankelijk is.

---

<sup>5</sup> TOUBOL, F., "Logiciel et faillite", *Dr. Inform.*, 1986, 188.

<sup>6</sup> LEJEUNE, E., "Broncode en softwareovereenkomsten", *Computerr.*, 1986, 75, nr.2.

<sup>7</sup> Gerechtshof's Hertogenbosch, 7 februari 1994, *Computerr.*, 1994, 50.

<sup>8</sup> THOLE, E.P.M., "Het depot van de broncode en het faillissement van de softwareleverancier", *Computer.*, 1989, 20.

<sup>9</sup> NEUMANN, M., *l.c.*, nr.2.

<sup>10</sup> Rb. Leuven, 5 februari 1991, *Computerr.*, 1994, 47.

<sup>11</sup> LEJEUNE, B., *l.c.*, nr. 2.

<sup>12</sup> KEMNA, A.M.Ch., *Source code depot*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, 13.

Zijn contractsvrijheid wordt beperkt. Dit geldt vooral voor de gebruiker van software op maat en voor de gebruiker van een duur, niet gangbaar standaardpakket. Aldus eet de leverancier van twee walletjes.<sup>13</sup> Enerzijds geeft hij de broncode niet vrij ter beperking van het risico van piraterij, zodat de klant geen beroep kan doen op een andere onderhoudsfirma: immers, de voornaamste bekommernis van de klant softwaregebruiker is de werking van het programma, niet het beschikken over de broncode. Anderzijds verzekert hij zich van de exclusiviteit van een onderhoudscontract. Deze overeenkomst is aldus een garantie voor de continuïteit van het gebruik van het computersysteem, en wordt juridisch als een aannemingsovereenkomst gekwalificeerd.<sup>14</sup>

### III. EIGENDOMSOVERDRACHT OF GEBRUIKSLICENTIE ?

7. De "koper" van een programma verkrijgt doorgaans niet de eigendom ervan, maar slechts een (al dan niet exclusief) gebruiksrecht. Dit recht wordt meestal omgeven met een aantal contractuele beperkingen, zoals het verbod om het programma te wijzigen.<sup>15</sup> Het contract waarin dit gebruiksrecht en de daarbij horende beperkingen worden gegoten is een licentieovereenkomst. Het verstrekken van een licentie is het geven van toestemming, door de houder van een intellectueel eigendomsrecht, tot het verrichten van handelingen die zonder deze toestemming een inbreuk op dit recht zouden vormen. Intellectuele eigendomsrechten zoals het auteursrecht, zijn absolute rechten. De houder kan uit eigen recht inbreuken op zijn recht bestrijden; hij is daarbij niet afhankelijk van een contractuele relatie.<sup>16</sup>

8. Softwarelicentieovereenkomsten moeten worden onderscheiden van softwareontwikkelingsovereenkomsten: de eerste soort overeenkomsten slaat op reeds bestaande standaardprogrammatuur; de tweede op nog te ontwikkelen programmatuur<sup>17</sup> (meestal op maat). Het onderscheid tussen standaardprogramma's en programma's op maat is echter niet steeds even duidelijk.<sup>18</sup> Voor de softwareontwikkelingsovereenkomst is het niet onmogelijk dat de opdrachtgever eigenaar wordt van de voor hem ontwikkelde software. Voorwaarde is dan wel dat deze overdracht uitdrukkelijk gebeurt. In de meeste gevallen is er echter geen eigendomsoverdracht, maar worden er gebruiksrechten verleend aan de afnemer die hem toelaten de software te gebruiken, te wijzigen, te kopiëren, te onderhouden ...

Principieel zijn dus alle handelingen omtrent een programma onderworpen aan de toestemming van de auteur. Hierop wordt uitzondering gemaakt door artikel

---

<sup>13</sup> LEJEUNE, M., *l.c.*, nr. 3.

<sup>14</sup> TAEYMANS, M., *Comm. bijz. overeenk.*, (losbladig), *V<sup>o</sup> Computercontracten*, nr. 477.

<sup>15</sup> SLAGER J., *Werken met source code escrow*, in *Reeks informatica en recht*, dl. 12, Antwerpen. Kluwer, 1990, 15.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> TAEYMANS, M., *o.c.*, 67.

<sup>18</sup> VIVANT M., LE STANC, Chr., RAPP, L. en GUIBAL, M., *Lamy droit de l'informatique*, Parijs, Lamy, 1994, nr. 1012.

6 van de Wet van 30 juni 1994, dat bepaalt dat er voor een aantal handelingen geen toestemming (licentie) vereist is. De wet geeft zelf het voorbeeld van een aanpassing aan het programma om fouten te verbeteren. Dit mag zelfs door derden gebeuren. Deze uitzondering laat echter niet toe dat derden het volledige onderhoud zouden doen. Bovendien kan het recht van de klant om fouten te verbeteren contractueel worden uitgesloten.<sup>19</sup>

9. In dit verband kan men zich de vraag stellen of de auteursrechthebbende noodzakelijk over de broncode moet kunnen beschikken. Kan de opdrachtgever (gebruiker van de maatwerkprogrammatuur) die het auteursrecht op de software heeft verkregen, het softwarehuis (opdrachtnemer) dwingen tot afgifte van de bronnen van het softwarehuis op grond van zijn hoedanigheid van auteursrechthebbende, in de hypothese dat deze zich nog bij de leverancier bevinden? Sommigen<sup>20</sup> antwoorden ontkennend zich hierbij steunend op de vergelijking met een musicus. De musicus die een opname van een door hem gecomponeerd werk op tape levert aan een uitgever en tevens aan laatstgenoemde het auteursrecht op de compositie overdraagt, is niet gehouden op enkele grond van auteursrechtoverdracht de compositie in de vorm van uitgeschreven bladmuziek te leveren. Hij kan echter die compositie niet aanpassen of delen daaruit voor een andere compositie gebruiken. Dit zou een inbreuk op het auteursrecht uitmaken. Auteursrecht is immers het recht om t.a.v. een bepaald werk bepaalde handelingen (openbaar maken en veelevoudigen) uit te oefenen. Het zegt niets over toegang tot het object van het auteursrecht dat eerder lijkt te worden geregeld door de (niet-immateriële) eigendom op het betreffende stoffelijk voorwerp (broncode). Volgens deze stelling bestaat er geen verplichting tot het leveren van de broncode (vgl. bladmuziek) op grond van het enkele feit dat het auteursrecht op de objectcode van de programmatuur (vgl. de tape) is geleverd. Naast overeenstemming over de auteursrechten moet er tevens overeenstemming bestaan over de levering van de broncode (als stoffelijke zaak). Anderen<sup>21</sup> antwoorden terecht bevestigend op deze vraag. Door overdracht van het auteursrecht treedt de verkrijger a.h.w. in de plaats van de maker. Dat partijen hierbij niets hebben afgesproken omtrent de broncode is irrelevant: overdracht van het auteursrecht houdt ook overdracht van de broncode in.

#### **IV. HET FAILLISSEMENT VAN DE SOFTWARELEVERANCIER**

10. Het faillissement is een collectieve beslagmaatregel ten voordele van de schuldeisers van de insolvable debiteur, die leidt tot betaling van de schulden door een faillissementscurator, in de mate van de mogelijkheden, dit is van de

---

<sup>19</sup> DUMORTIER, J., *Informaticarecht*, Leuven, 1993, 93.

<sup>20</sup> MEIJBOOM, A.P., noot onder President arrondissementsrechtbank Breda, 2 september 1994, *Computerr.*, 1994, 254.

<sup>21</sup> THOLE, E.P.M., noot onder President arrondissementsrechtbank 's Hertogenbosch, 26 januari 1993, *Computerr.*, 1993, 257

aanwezige activa, en op voet van gelijkheid voor de schuldeisers, zij het onder zeer belangrijk voorbehoud van de aan de failliete boedel tegenwerpelijke voorrechten en zekerheidsrechten. Door het vonnis van faillietverklaring verliest de handelaar de bestuursbevoegdheid over zijn goederen ("buitenbezitstelling") (art. 444 W. Kh.), en zal er een curator worden aangesteld.<sup>22</sup>

11. Belangrijk in dit verband is het lot van de broncode (cf. supra nr. 6). De source code kan zich, op het ogenblik van het faillissement, bij drie verschillende personen bevinden: bij de leverancier, de klant of een derde.

Als ze zich bevindt bij de leverancier levert dit een probleem op voor de klant en omgekeerd. Het faillissement lokt namelijk een belangentegenstelling uit tussen enerzijds de curator en anderzijds de gebruiker-klant. Voor de curator heeft de broncode een grote waarde (zie ook infra, nr. 21 in fine) en is het een vermogensbestanddeel dat in de failliete boedel moet vallen, zodat het te gelde gemaakt kan worden ten behoeve van de schuldeisers van de gefailleerde softwareleverancier.

Voor de gebruiker daarentegen betekent het bezit van de broncode dat hij zijn programma in de toekomst verder zal kunnen gebruiken. Indien de source code zich bevindt bij de softwareleverancier, zal de curator niet snel geneigd zijn deze af te geven aan de klant. Aldus zal een getouwtrek omtrent de afgifte van de broncode ontstaan tussen de curator en de klant.

Als oplossing kan de broncode bij een neutrale derde gedeponereerd worden : source code escrow (cf. infra V). Deze rechtsfiguur verzekert de afnemer een toegangsrecht tot de broncode in geval van bijvoorbeeld faillissement.

## **1. De broncode bevindt zich bij de klant**

12. Het zal niet zo vaak voorkomen dat zowel de bron- als de objectcode van een programma meegedeeld worden aan de gebruiker-klant. Meestal wordt enkel de objectcode overgedragen, omdat de broncode een grote commerciële waarde voor de softwareleverancier vertegenwoordigt. Hij zal deze dan ook niet graag uit handen geven (gevaar voor piraterij). Als het (uitzonderlijk) toch voorkomt, zal het voor software op maat zijn. De overdracht van de broncode van een programma op maat moet bedongen worden. Betwisting bestaat over de vraag of de broncode mee moet overgedragen worden indien de auteursrechten op de programmatuur overgedragen worden (cf. supra nr. 9).

13. Bijna altijd worden er beperkingen ingebouwd ten laste van de klant<sup>23</sup>. Deze zal de intellectuele rechten en de know-how die in de programma's is verwerkt moeten eerbiedigen door te erkennen dat de leverancier de auteursrecht-hebbende van de software is, met alle gevolgen vandien. De (uitdrukkelijke) overdracht van auteursrechten aan de klant blijft echter mogelijk. Bovendien

---

<sup>22</sup> DIRIX, E. en VAN DEN BERGH, R., *Handels en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1992, nr.492.

<sup>23</sup> LEJEUNE, B., *l.c.*, nr. 12.

zal de klant zich ook moeten verbinden tot geheimhouding en vertrouwelijk gebruik van de programma's.

14. De overdracht van de broncode en de objectcode geschiedt op het moment van de levering van de programmatuur. Als later de leverancier failliet gaat, levert dit geen problemen voor de klant, omdat hij in het bezit is van de broncode, hetgeen hem toelaat voor het onderhoud van het programma beroep te doen op andere onderhoudsfirma's (met andere woorden concurrenten van de oorspronkelijke leverancier van de software). De continuïteit van het gebruik van de software is verzekerd.

## **2. De broncode bevindt zich bij de leverancier**

15. Wanneer bij de levering van de programmatuur enkel de objectcode wordt overgedragen aan de klant, stelt dit ingeval van faillissement van de softwareleverancier een probleem voor de gebruiker. Vooral als het software op maat ("customsoftware") betreft: zonder broncode is onderhoud namelijk onmogelijk. Twee situaties kunnen zich voordoen: ofwel heeft de overeenkomst deze situatie niet voorzien, ofwel hebben partijen een toegangsrecht tot de zich bij de leverancier bevindende broncode bedongen.

### *a. Stilzwijgen van de overeenkomst*

16. In de Nederlandse rechtspraak is deze problematiek reeds aan bod gekomen. In eerste aanleg stelde<sup>24</sup> de rechtbank dat het onderscheid standaardsoftware-maatwerksoftware bepalend is voor de afgifte van de broncode. Ze verwoordt het als volgt: "In zijn algemeenheid kan niet worden gesteld dat het (niet-exclusief) gebruik van programmatuur met zich meebrengt dat bij faillissement van de leverancier van de programmatuur, de afnemer dan wel de gebruiker toegang tot de broncode dient te worden verschaft. Onder omstandigheden kan dit anders zijn indien sprake is van programmatuur die in opdracht en voor rekening van de afnemer is ontwikkeld en bovendien niet elders inzetbaar is".

De appelrechter<sup>25</sup> van zijn kant stelt het feit van de afgifte niet in vraag -afgifte is geboden!- maar laat deze afhangen van het betalen van een vergoeding, indien het niet gaat om echte maatwerkprogrammatuur. "Kern van het geschil is,(...) niet of de curator verplicht is aan Breedveld (de gebruiker, nvdr) het recht op het gebruik van de broncodes af te staan, maar of de curator dat gebruiksrecht op de broncodes dient af te geven om niet, zonder dat hij daarvoor een redelijke vergoeding ontvangt." En het Hof vervolgt "(...) dat het antwoord op de vraag of een afnemer van programmatuur recht heeft op gebruik van de broncodes van de geleverde programmatuur afhangt van de tegenprestatie van die afnemer, die in beginsel voor het gebruiksrecht op de broncodes aan de le-

---

<sup>24</sup> President arrondissementsrechtbank 's Hertogenbosch, 26 januari 1993, *Computerr.*, 1993, 257, met noot THOLE, E.P.M.

<sup>25</sup> Gerechtshof 's Hertogenbosch, 7 februari 1994, *Computerr.*, 1994, 50.

verancier, die immers een commercieel belang heeft bij het achterhouden van die broncodes, een redelijke vergoeding zal dienen te betalen, welke vergoeding niet is begrepen in de koopprijs van de objectcode. Dit kan anders zijn, wanneer het gaat om een programmatuur die speciaal ten behoeve van een bepaalde afnemer /opdrachtgever is ontwikkeld, omdat in zo'n geval die afnemer doorgaans de ontwikkeling volledig zal hebben gefinancierd, en de betreffende programmatuur - gezien de unieke inzetbaarheid ervan - geen commerciële waarde zal hebben." Deze laatste motivering moet genuanceerd worden in die zin dat in het voor de klant ontwikkelde programma immers oplossingen, studies of ideeën zitten verwerkt, op basis waarvan de leverancier in de toekomst nog andere programma's kan ontwerpen.

Samenvattend kan gesteld worden dat in eerste aanleg het onderscheid tussen maatwerk- en standaardsoftware determinerend is voor de afgifte van de broncode, terwijl datzelfde onderscheid in beroep bepalend is voor het al dan niet betalen van een vergoeding in ruil voor de afgifte. In beroep wordt het feit van de afgifte zelfs niet eens in vraag gesteld: ze wordt zonder meer aangenomen.

17. Zoals blijkt is de kwalificatie standaardsoftware of software op maat zeer belangrijk. Nochtans is dit onderscheid soms (of vaak?) zeer vaag. Vermits het moeilijk is om objectieve onderscheidingscriteria op te stellen, moet dit aan de soevereine beoordeling van de rechter worden overgelaten.

18. Recent is over de problematiek van de afgifte van de broncode nog een uitspraak gepubliceerd (dit geval betrof weliswaar geen faillissementssituatie). Hierin<sup>26</sup> lijkt de rechter zich te laten leiden door het hierboven besproken vonnis in eerste aanleg: er is afgifte indien het gaat om echte maatwerkprogrammatuur, waar de leverancier geen belang heeft bij de niet-afgifte van de broncode. In een noot onder dit vonnis verwijst de annotator ervan naar vroegere rechtspraak, en ondermeer naar het arrest van 7 februari 1992. Hij leidt uit dit arrest echter zaken af die, naar mijn oordeel, onverzoenlijk zijn met de bewoordingen van het arrest. Zo meent hij dat het onderscheid tussen standaard- en maatwerkprogrammatuur bepalend is voor de afgifte van de broncode, terwijl dit enkel tot uiting komt in het vonnis in eerste aanleg en niet in het arrest in hoger beroep (zie de aangehaalde passages)!

19. Of deze oplossing getransponeerd kan worden naar Belgisch recht is minder duidelijk: zal de Belgische rechter ook beslissen dat, bij gebreke van contractuele bepalingen, een kopie van de broncode ter beschikking moet gesteld worden aan de klant? En of er eventueel een vergoeding verschuldigd is? Deze rechtsonzekerheid kan vermeden worden door een duidelijke contractuele bepaling in te lassen, die aan de klant het toegangsrecht tot de broncode verzekert.

#### *b. Contractueel toegangsrecht*

---

<sup>26</sup> President arrondissementsrechtbank Breda, 2 september 1994, *Computerr.*, 1994, 254 met noot MEIJBOOM.



20. Het faillissement van de softwareleverancier, bij wie de broncode zich bevindt, stelt veel minder problemen voor de gebruiker, indien vooraf-gaandelijk duidelijke afspraken met betrekking tot de toegang tot de bronnen zijn gemaakt. Vraag is echter of deze contractuele regeling niet strijdig is met de faillissementsregels van openbare orde, en meer bepaald met de artikelen 445-446 W.Kh., die handelen over de nietigheid van bepaalde handelingen. Verschillende situaties zijn denkbaar, al naar gelang het tijdstip van de afgifte (tijdens de verdachte periode of na de faillietverklaring) en de rechten die op de broncode verleend worden (eigendomsrecht of gebruiksrecht).<sup>27</sup>

21. De eerste situatie betreft de afgifte van de broncode tijdens de verdachte periode. Dit zijn (meestal) de 6 maanden voorafgaand aan het vonnis van faillietverklaring. Hierna verliest de gefailleerde het beheer over zijn goederen en wordt er een curator aangesteld.

Valt deze afgifte onder de toepassing van artikel 445 W.Kh. (niet-tegenstelbaarheid van rechtswege)? Neen, vermits dit artikel enkel de abnormale betalingen betreft. Het is slechts de uitvoering van een overeenkomst die gesloten werd voor de verdachte periode.

Deze afgifte valt evenmin onder toepassing van artikel 446 W.Kh. (facultatieve niet-tegenstelbaarheid), op voorwaarde dat de softwareleverancier enkel een gebruiksrecht op de broncode verleend heeft. De faillissementsboedel wordt zo immers niet geschaad.

Anders is het wanneer de eigendom van de broncode werd overgedragen aan de gebruiker. Vaak is de broncode van een programma het enige waardevolle vermogensbestanddeel van een softwarehuis. Licenties op programma's worden veelal verleend niet tegen een periodieke vergoeding, maar tegen een éénmalige betaling. Omdat ze reeds afbetaald zijn, vertegenwoordigen de licentie-overeenkomsten dus geen waarde meer<sup>28</sup>. Als men dan ook nog eens de broncode in eigendom zou overdragen, blijft er nagenoeg niets over voor de schuldeisers om zich op te verhalen. Hieruit volgt dat de curator waarschijnlijk de vernietiging zal vorderen wegens benadeling van de schuldeisers.

22. De tweede situatie viseert de afgifte van de broncode na het vonnis van faillietverklaring. Zeker is dat deze niet meer kan gebeuren door de gefailleerde softwareleverancier, daar het beheer over zijn goederen hem ontnomen is ("buitenbezitstelling") (art. 444 W. Kh.). De curator die optreedt zowel namens de gefailleerde als namens diens schuldeisers, beslist soeverein of hij de onderhoudsovereenkomst al dan niet wenst verder te zetten, overeenkomstig de theorie van de lopende overeenkomsten. Hij zal echter enkel een gebruiksrecht op de broncode kunnen verlenen en geen eigendomsrecht, omdat hij alzo de boedel zou schaden<sup>29</sup>. Vooral ingeval van maatwerkprogrammatuur zal hij de ge-

---

<sup>27</sup> LEJEUNE, B., *l.c.*, nr. 12.

<sup>28</sup> DE SAVORIN LOHMAN, H.A., "Auteursrecht op software onder beslag en in faillissement", *N.J.B.*, 1988, p.898, nr. 9.

<sup>29</sup> LEJEUNE, B., *l.c.*, nr. 12.

bruiksafgifte -waardoor de gebruiker het onderhoud zelf kan (laten) uitvoeren niet snel weigeren, omdat hij hier weinig belang bij heeft.

23. Bij wijze van voorbeeld kan tenslotte nog verwezen worden naar de CECUA-overeenkomst. CECUA (Confederation of European Users Associations) is een adviesorgaan van de EG-Commissie op het terrein van de informatica, dat in 1988 een aantal rechten ten behoeve van de softwaregebruikers heeft geformuleerd<sup>30</sup>. Ook wat betreft het probleem van het faillissement van de softwareleverancier. Artikel 31 van dit handvest luidt als volgt:

"31.1. Indien de leverancier failliet wordt verklaard of indien hij een gerechtelijk akkoord verkrijgt, of, voor zover het om een rechtspersoon gaat, indien zij vereffend wordt zonder dat deze vereffening een heroprichting of een fusie beoogt, is de klant vrij de overeenkomst onmiddellijk te beëindigen door schriftelijke opzegging aan de leverancier of aan iedere fysieke persoon of rechtspersoon die de uitvoering van de overeenkomst op zich neemt. De klant kan deze persoon ook de mogelijkheid bieden de overeenkomst verder uit te voeren mits gewaarborgd wordt dat wat in de overeenkomst is voorzien te goeder trouw wordt nageleefd.

31.2. Indien één van de in clause 31.1. bedoelde gevallen zich voordoet, moet de leverancier : (I) zolang hij daar wettelijk toe bevoegd is, onmiddellijk een kopie van de bronprogramma's en elke andere informatie of documentatie die voor het onderhoud van de geleverde software noodzakelijk is, op een veilige plaats wegbergen. Indien de klant de bronprogramma's nodig heeft om het geleverd materiaal te doen draaien en hij zijn recht tot opzegging in clause 31.1. uitoefent, moeten deze toegangssleutels en alle andere informatie en documentatie onmiddellijk aan de klant overhandigd worden zonder lasten of kosten. (II) Indien de klant het vraagt, aan deze laatste zonder kosten de schema's, de bronprogramma's en de modellen en karakteristieken van de losse onderdelen bezorgen, die hij nodig heeft om het materieel op bevredigende wijze te kunnen laten werken."

Men kan zich echter vragen stellen bij de zinsnede "zolang hij daar wettelijk toe bevoegd is". Immers, ingeval van faillissement is het niet meer de bevoegdheid van de leverancier, maar wel van de curator om over de broncode te beschikken.

### **3. De broncode wordt in bewaring gegeven aan een neutrale derde: de escrow-regeling**

24. Zoals we hebben gezien is de situatie waarbij ofwel de gebruiker ofwel de leverancier de broncode in zijn bezit heeft niet ideaal. De eerste hypothese (de broncode is overgedragen aan de klant) zal zich zelden voordoen. De tweede hypothese (de broncode blijft bij het softwarehuis) is nadelig voor de gebruiker, vooral dan omwille van de rechtsonzekerheid die daar nu rond bestaat.

Om hieraan te verhelpen kunnen partijen de broncode in bewaring geven aan een neutrale derde, in wie beide partijen hun vertrouwen stellen. Deze biedt de

---

<sup>30</sup> THOLE, E.P.M., *l.c.*, 20.

betrokkenen een aantal waarborgen. De gebruiker krijgt de garantie dat hij over de broncode kan beschikken, indien de leverancier niet meer bereid is of niet meer in de mogelijkheid verkeert om het onderhoud van de geleverde software te verzorgen. Met de broncode in handen kan de gebruiker immers uitwijken naar andere onderhoudsfirma's, zodat zijn bedrijf niet geparalyseerd wordt door gebrek aan onderhoud. De softwareleverancier van zijn kant krijgt de garantie dat de gebruiker enkel toegang tot de bronnen verkrijgt, indien bepaalde (vooraf besproken) omstandigheden zich voordoen.

## V. SOURCE CODE ESCROW

### 1 Inleiding

25. Het sluiten van een onderhoudsovereenkomst maakt de gebruiker (klant) sterk afhankelijk van de software-leverancier. Indien het onderhoud niet uitgevoerd wordt, is dat een grote bedreiging voor hem. Om deze reden gaat de klant een toegangsrecht tot de broncode wensen, hetgeen gerealiseerd kan worden door het sluiten van een escrow regeling. Source code escrow is namelijk een overeenkomst, waarbij een partij (de bewaargever) de broncode van een computerprogramma aan een andere partij (de bewaarnemer) overhandigt, die deze broncode aan een derde partij (de begunstigde) zal overhandigen indien bepaalde, van tevoren contractueel omschreven voorwaarden in vervulling zijn gegaan. De begunstigde zal dan de klant zijn. Met deze contractuele constructie (die is overgewaaid vanuit de V.S.) zijn nochtans niet alle problemen van de baan: zo zorgt artikel 1944 B.W. bijvoorbeeld voor problemen. Desalniettemin kan dit een bevredigende oplossing zijn om te verhelpen aan het probleem van het faillissement van de software-leverancier.

### 2. Juridische kwalificatie

26. De escrow overeenkomst moet gekwalificeerd worden als een vrijwillige bewaargevingsovereenkomst, die beheerst wordt door de artikelen 1921-1948 B.W.

### 3. Totstandkoming

27. De escrow regeling kan op verschillende manieren ontstaan. Ten eerste als een tweepartijovereenkomst tussen de software-leverancier (bewaargever) en de neutrale derde (bewaarnemer). Daar de escrow regeling ten voordele van de gebruiker wordt gesloten, zal er in de overeenkomst een beding ten behoeve van derden (art. 1121 B.W.) worden opgenomen. Hierdoor haalt de klant (de derde-begunstigde) uit de overeenkomst een eigen recht, dat door middel van een rechtstreekse vordering kan uitgeoefend worden tegen de bewaarder.<sup>31</sup> Groot nadeel is dat het recht van de gebruiker vervalt indien de bewaargeving vervalt.

28. Daarom wordt vaak een driepartijovereenkomst gesloten. De belangrijkste partijen zijn de leverancier en zijn klant. Zij zullen alles minutieus uitwerken in een overeenkomst : wie de derde wordt, onder welke omstandigheden het recht van toegang tot de broncode ontstaat, of en hoe de gebruiker de source code mag controleren op zijn juistheid, etc. ...<sup>32</sup> De positie van de klant zal sterker zijn dan in een tweepartijovereenkomst, omdat hij als betrokken partij

---

<sup>31</sup> VAN GERVEN, W. , *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1992, 160 .

<sup>32</sup> TAEYMANS, M., *o.c.*, nr. 480.

nu mee beslist over de inhoud van het contract. Pas nadat hierover overeenstemming is bereikt, treedt de bewaarnemer toe tot de overeenkomst .

29. Ook is het niet onmogelijk dat de begunstigde (de klant) bewaargever wordt<sup>33</sup> (cf. infra nr. 38).

#### **4. Voorwerp van de bewaargeving**

30. Het voorwerp van de bewaargeving is uiteraard de broncode. De vorm waarin deze gedeponeed wordt heeft niet zoveel belang, behalve dan voor de omgeving waarin het depot moet plaatsvinden (een broncode op magnetische drager vereist andere omstandigheden dan een op papier). Meestal zal niet de originele broncode gedeponeed worden, maar slechts een kopie daarvan. Uitermate belangrijk is de actualisering van het depot.<sup>34</sup> Source code escrow heeft geen enkele zin, indien de gebruiker niet over de laatste versie van zijn programma kan beschikken. Telkens er verbeteringen of aanpassingen aan de software van de gebruiker hebben plaatsgehad, moet dit ook gecorrigeerd worden aan de in bewaring gegeven versie van het programma. Het spreekt vanzelf dat dit zo snel mogelijk moet gebeuren. Wie controleert of de juiste versie van het bronprogramma is gedeponeed ? Dit kan de bewaarder zijn, zeker als dit een gespecialiseerde firma is (dit wordt echter betwist door LEJEUNE).<sup>35</sup> Het kan echter ook de gebruiker zelf zijn indien hij hierin voldoende onderlegd is. Anders zal hij beroep moeten doen op een deskundige, hetgeen iets omslachtiger is.<sup>36</sup> Wat er ook van zij, al deze punten (voorwerp van de bewaargeving, actualisering, controle ...) kunnen contractueel geregeld worden, zodat problemen zoveel als mogelijk vermeden worden.

#### **5. De persoon van de bewaarder**

31. Een goede bewaarder kiezen is niet evident. Toch is dit zeer belangrijk omdat er veel op het spel staat. De bewaarder zal namelijk aan een hele reeks voorwaarden moeten voldoen. Ten eerste moet hij onafhankelijk en onpartijdig (d.i. neutraal) zijn, omdat hij de tegenstrijdige belangen van softwareleverancier en gebruiker moet verzoenen in zijn persoon. Partijen moeten vertrouwen in hem kunnen hebben. Bovendien moet hij, in de mate van het mogelijke, technisch deskundig zijn om de bewaring van de soms fragiele materialen op de minst risicovolle manier te laten gebeuren en om het gedeponeede te kunnen controleren op zijn juistheid. Ook een zekere juridische bekwaamheid is nooit overbodig, zodat hij partijen kan adviseren. Verder verwacht men van hem geheimhouding, gelet op de grote waarde van de bij hem gedeponeede informatie.<sup>37</sup> Tenslotte zal hij de continuïteit van de bewaargeving moeten kunnen ga-

---

<sup>33</sup> SLAGER, J., *o.c.*, 16.

<sup>34</sup> TAEYMANS, M., *o.c.*, nr. 484.

<sup>35</sup> LEJEUNE, B., *l.c.*, nr. 15.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> THOLE, E.P.M., *l.c.*, 20.

randeren: aldus moet hij financieel voldoende betrouwbaar zijn om te vermijden dat, ingeval hij failliet gaat, de curator een einde maakt aan de bewaaringsovereenkomst en de broncode teruggeeft aan de eigenaar<sup>38</sup>.

32. Wie komt voor deze taak in aanmerking? In principe iedere derde die partijen daartoe geschikt achten<sup>39</sup>. In de praktijk zien we dat het vooral gaat over notarissen en gespecialiseerde instellingen. Nochtans kan het ook gaan om banken, advocaten en accountants.

33. De notaris, in wie het publiek nog altijd een groot vertrouwen heeft, lijkt voor beide partijen een aanvaardbare bewaarder, mede gelet op zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het enige (echter niet onoverkomelijke) probleem is dat hij niet beschikt over de vereiste "bewaaromgeving".

34. De notaris kan de broncode op twee manieren in bewaring nemen, in vertrouwen of voor minuut.<sup>40</sup> Bij de bewaargeving in vertrouwen treedt de notaris niet op als notaris, maar als gewone particulier, terwijl bij de bewaargeving voor minuut hij wel optreedt als notaris (notarieel depot). De bedoeling van het depot voor minuut is niet zozeer authenticiteit verlenen aan het gedeponeerde stuk, maar eerder de veilige bewaring van de broncode.

De gevolgen zijn drievoudig: ten eerste zal de notaris de akten bewaren in de minuten (bewaking); ten tweede kan hij afschriften van het gedeponeerde (de broncode) uitreiken aan de gebruiker en tenslotte krijgt de gedeponeerde akte vaste datum, hetgeen belangrijk is ingeval van betwisting omtrent de datum van de bewaargeving.

Een toepassing van de source code escrow in de notariële praktijk vinden we in het K.B. van 2 augustus 1990 dat de gemeentelijke boekhouding regelt en nieuwe methoden van verwerking vaststelt. De wens van de wetgever is dat gemeenten zich zoveel mogelijk bedienen van een bij computer gehouden boekhouding. Dit K.B. wordt verder uitgewerkt door een aanschrijving van 30 september 1993. Het geeft aanbevelingen om tot een coördinatie en uniformiteit van de toegepaste computerboekhouding te komen.

Om aan een gemeente te kunnen verkopen, moet een leverancier van een boekhoudprogramma volgens dit aanschrijven een attest kunnen voorleggen, uitgaande van een notaris, waarin deze verklaart dat de broncode, de programma's en de documentatie bij hem werden neergelegd. Dit attest is ofwel een eenvoudig attest van bewaarneming, ofwel een notariële akte. De notaris wordt hierin vrij gelaten. Bovendien moet de leverancier de neergelegde programma's regelmatig actualiseren en waarborgen, dat ingeval hij zijn activiteiten stopzet, de programma's gratis aan de gemeente voor eigen gebruik worden afgestaan.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> TAEYMANS, M., *o.c.*, nr. 486.

<sup>39</sup> TAEYMANS, M., *o.c.*, nr. 485

<sup>40</sup> Zie LEJEUNE, B., *l.c.*, nrs. 22-27.

<sup>41</sup> Zie WEYTS, L., "Broncode en software-overeenkomsten verleden voor notaris", *T. Not.*, 1995, 517.

35. Recent is op de Belgische informaticamarkt een bedrijf verschenen dat source code escrow aanbiedt. Ook over de grenzen vinden we enkele instellingen (escrow agents) die zich toegelegd hebben op deze functie. Zo is er in Frankrijk het APP (Agence pour la Protection des Programmes), in Engeland het NCC (National Computing Centre) en in Amerika onder andere de DSI (Data Securities International).<sup>42</sup>

## **6. De uitleveringssituaties**

36. De klant verkrijgt slechts een toegangsrecht tot de broncode indien welbepaalde contractueel omschreven omstandigheden zich voordoen. In situaties die door de overeenkomst niet zijn voorzien, kan de klant de afgifte niet vorderen. Deze uitleveringssituaties (ook "triggering events" genoemd) zijn bijvoorbeeld de stopzetting van de onderhoudsovereenkomst door de leverancier of de klant (al dan niet na het begaan van een fout) of het geval waarin de leverancier zijn activiteiten staakt.

De belangrijkste omstandigheid is echter het faillissement van de softwareleverancier. In tegenstelling tot de andere situaties is dit een objectieve omstandigheid die eenvoudig kan bewezen worden door het vonnis van faillietverklaring voor te leggen aan de bewaarder.<sup>43</sup> Zo vermijdt men dat de escrow agent een eventueel conflict tussen partijen -over de vraag of de contractueel omschreven omstandigheid zich in casu voordoet- moet beslechten.<sup>44</sup>

## **7. Het probleem van 1944 artikel B.W.**

37. Door de broncode in bewaring te geven bij een neutrale derde zijn nog niet alle problemen van de baan. Artikel 1944 B.W. bepaalt namelijk dat de in bewaring gegeven zaak aan de bewaargever moet teruggegeven worden zodra hij zulks vordert, zelfs indien een tijdstip van teruggave is bepaald. Dit betekent dat, in een tweepartijovereenkomst (cf. supra nr. 27), de softwareleverancier de broncode op eerste aanvraag kan terugvorderen. In een faillissementssituatie zal dit de curator zijn. Zo verdwijnt uiteraard elk nut van de escrowovereenkomst: op het moment dat de gebruiker de broncode nodig heeft is ze misschien reeds opgevorderd door de softwareleverancier of de curator. Source code escrow is juist de zekerheid inbouwen dat (onder welbepaalde omstandigheden uiteraard) de broncode ten allen tijde toegankelijk is en de gebruiker hiervoor niet afhankelijk is van de softwareleverancier.

38. Om aan dit probleem te verhelpen zijn drie oplossingen mogelijk: ofwel doet de gebruiker verzet tegen de teruggave van de broncode aan de softwareleverancier, ofwel wordt artikel 1944 B.W. wegbedongen, ofwel realiseren par-

---

<sup>42</sup> THOLE, E.P.M., *l.c.*, voetnoot nr. 6.

<sup>43</sup> LEJEUNE, B., *l.c.*, nr.17 *in fine*.

<sup>44</sup> SLAGER, J., *o.c.*, 23.

tijen een eigendomsoverdracht van de gegevensdrager aan de gebruiker of de bewaarnemer.

De eerste oplossing wordt door de wet zelf voorgesteld: de gebruiker doet verzet tegen de teruggave van de broncode in handen van de bewaarder onmiddellijk na de inbewaargeving van de broncode. Dit is mogelijk zonder toelating van de beslagrechter en via eenvoudige betekening bij deurwaardersexploot.

De tweede oplossing -contractueel bepalen dat de softwareleverancier de broncode niet op eerste aanvraag kan terugvorderen- kan gesteund worden op de vaststelling dat een source code escrow een bewaargeving sui generis is, waarop niet automatisch alle regels van de gewone bewaargeving toepasselijk zijn. Deze redenering laat toe om het dwingend karakter van artikel 1944 B.W. te omzeilen. De ratio legis van de terugvorderbaarheid ad nutum in de gewone bewaargevingsovereenkomst is namelijk dat de termijn in het enkele voordeel van de bewaargever is bedongen. Deze redenering gaat echter niet op voor een source code escrow overeenkomst: zolang het faillissement van de softwareleverancier (als triggering event) zich niet voordoet mag de "escrow agent" de broncode noch aan de leverancier noch aan de gebruiker overhandigen. De termijn in de escrowovereenkomst is dus niet zozeer in het belang van de bewaargever (leverancier) maar veeleer in het belang van de derde (de gebruiker). Niets belet dus dat een beroep op artikel 1944 B.W. contractueel wordt uitgesloten. De schuldeisers van de gefailleerde softwareleverancier worden niet benadeeld door het feit dat de curator de in bewaring gegeven kopie van de broncode niet kan terugvorderen, omdat de softwaregebruiker niet de eigendom van de broncode maar enkel gebruiksrechten verkrijgt.

De derde oplossing bestaat erin de eigendom van de gegevensdrager met de broncode (exclusief de auteursrechten) over te dragen aan de gebruiker (of de bewaarder indien deze voldoende betrouwbaar is tenminste), die deze vervolgens in bewaring geeft aan een derde<sup>45</sup>. Vermits in deze hypothese de gebruiker de bewaargever is geworden ontstaat het gevaar dat de gebruiker van de software beroep gaat doen op artikel 1944 B.W. zonder dat er een faillissement van de leverancier is. Dit "rechtsmisbruik" kan vermeden worden door ofwel een onmiddellijk opeisbare hoge boete te laten betalen door de gebruiker ofwel door de eigendom slechts onder ontbindende voorwaarde van abusief gebruik over te dragen. Voordeel van deze hele constructie is dat de gebruiker zeker is dat hij kan beschikken over de broncode ingeval van faillissement van de leverancier; nadeel is dat de softwareleverancier hier niet snel mee zal instemmen, omdat hij zo het risico loopt dat zijn klant failliet gaat en de gegevensdrager met de broncode in diens faillissementsboedel valt en tegelde gemaakt zal worden.

## **8. Rechten van de gebruiker-begunstigde na afgifte**

39. Op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken ontstaat het toegangsrecht tot de bij de derde gedeponeerde broncode, zodat de gebruiker zich verzekerd weet van het onderhoud en/of de correctie van de programmatuur.

---

<sup>45</sup> TAEYMANS, M., o.c., nrs. 490-492; DUMORTIER, o.c., 95.



Men kan zich de vraag stellen naar de aard van het recht dat de gebruiker verkrijgt: eigendomsrecht of gebruiksrecht?

De clause die de eigendomsoverdracht voorziet is ongeoorloofd en nietig krachtens artikel 444 W.Kh. Het tegenargument dat de opschortende voorwaarde van de afgifte (d.i. het faillissement) terugwerkende kracht heeft -tengevolge waarvan de klant eigenaar zou worden niet vanaf de overdracht maar retroactief vanaf de ondertekening van de bewaargevingsovereenkomst- moet verworpen worden. Dit zou namelijk in strijd zijn met het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers (dezen worden hier door benadeeld) en het principe van de buitenbezitstelling van de gefailleerde (hij wordt immers beschikkingsonbevoegd)<sup>46</sup>.

Aldus verkrijgt de klant geen eigendomsrecht maar slechts gebruiksrechten op de broncode. Er is betwisting over de vraag of deze gebruiksrechten en de omvang ervan moeten gestipuleerd worden in de escrow overeenkomst<sup>47</sup> of dat deze voortvloeien uit het toegangsrecht zelf (uitdrukkelijke toestemming van de auteur is dus niet vereist voor "normaal" onderhoud).<sup>48</sup> Deze laatste oplossing lijkt mij de meest verkieslijke.

## **9. Het faillissement van de bewaarder**

40. Wat gebeurt er met de bij de bewaarder gedeponeerde broncode indien deze failliet gaat? De eigenaar van de bronnen (leverancier of gebruiker) zal deze kunnen terugvorderen, omdat de bewaarder slechts een houder is. Met andere woorden, de sources vallen niet in de failliete boedel van de escrow agent zodat ze niet door de curator tegelde gemaakt kunnen worden, tenzij ze (uitzonderlijk) in eigendom aan de bewaarder zijn overgedragen<sup>49</sup>. Bij faillissement van de bewaarder zal de curator wel de bewaargevingsovereenkomst kunnen beëindigen. Dit kan best vermeden worden door in de bewaargevingsovereenkomst reeds een andere bewaarder aan te duiden.<sup>50</sup> Op die manier is de continuïteit van de source code escrow verzekerd.

## **VI. BESLUIT**

41. Bewaargeving van de broncode of source code escrow komt voor als de beste oplossing tegen het probleem van discontinuïteit in het gebruik van de computerprogrammatuur in hoofde van de gebruiker, indien zijn softwareleverancier failliet gaat. Daar een geschil met betrekking tot deze overeenkomst, voor zover ons bekend, nooit voor een Belgische rechtbank is geweest, is het zeer moeilijk zich uit te spreken over de toelaatbaarheid van sommige clauses

---

<sup>46</sup> LEJEUNE, R., *l.c.*, voetnoot nr.31,

<sup>47</sup> TAEYMANS, M., *o.c.*, nr. 494.

<sup>48</sup> STRUIK, H., "Source code escrow", in *Lezingenbundel informaticarecht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 33, aangehaald door TAEYMANS, M., *o.c.*, nr.494.

<sup>49</sup> SLAGER, J., *o.c.*, 76.

<sup>50</sup> TAEYMANS, M., *o.c.*, nr. 486.

(zie bv. de oplossingen uitgedacht om artikel 1944 BW te omzeilen). Vooral de vraag in hoeverre sommige clauses van de escrow-regeling in strijd zijn met de faillissementsregels is nog niet uitgeklaard. De oprichting, sinds kort ook in België, van gespecialiseerde escrow agents, doet echter vermoeden dat er een "markt" voor bestaat en dat deze oplossing het vertrouwen van de branchegebruiker geniet.